

SENTENCIA.-**Y VISTOS:**

Los autos caratulados: **"A., A. C. S/ INSANIA", EXPTE. N° 4218/13**, en trámite ante este Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de la 4ª Circunscripción Judicial de la Provincia de Corrientes, con sede en esta ciudad de Monte Caseros, Secretaría N° 2 a cargo de la Dra. María Heydee Rabella, de los que

RESULTA:

1.- Que a fs. 8/9vta, con fecha 3 de octubre de 2005, la Dra. Carolina López Bernis, Defensora de Pobres y Menores N° 1 –suplente–, promueve por ante el Juzgado de Familia, Civil y Penal de Menores N° 2 de la ciudad de Concordia, juicio de insania contra el Sr. A. C. A., D.N.I. N° XX.XXX.XXX, con domicilio en dicha ciudad. Sostiene que según certificado médico que acompaña, aquél padece retraso mental grave con incapacidad laboral total y permanente del 85%, por lo que se hace necesario designar un curador para que cuide su persona y lo represente en todos los actos de la vida civil. Propone como curadora del presunto insano a la madre de éste Sra. M. Z. P., D.N.I. N° XX.XXX.XXX, quien se ocuparía de su cuidado. Funda su acción con cita de los arts. 140 a 152 y 468 del CC (hoy derogado por ley 26.994), y 605 y ss. del CPCC. Acompaña prueba documental y ofrece la producción de testimoniales y pericial médica. Solicita que oportunamente se declare la insania del Sr. L. M. A (sic) y designe su curadora a la Sra. M. Z. P., ordenándose librar oficio a la Dirección de Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas con sede en Paraná, Entre Ríos, para la toma de razón del fallo que recaiga. Asimismo, y a fin de ser presentado ante las autoridades que lo requieran, solicita se extienda una constancia de iniciación de los presentes autos.

2.- Que a fs. 12 se tiene por promovido juicio de insania contra el Sr. A. C. A. y, previa vistas que los agentes del Ministerio público Pupilar y Fiscal evacúan a fs. 13 y 14, a fs. 15 se designa curador provisional al denunciado, designación que se repite a fs. 20, ordenándose la producción de la prueba documental, testimonial y pericial médica.

- 3.- Que a fs. 17 y vta obra informe médico emitido el 1 de febrero de 2016. A fs. 26 presta declaración testimonial Beatriz Elena Reigner.
- 4.- Que a fs. 22, la curadora provisional designada contesta demanda no formulación oposición y sujetándose a las pruebas que se produzcan en autos.
- 5.- Que a fs. 32/33, la Dra. López Bernis solicita se designe nueva curadora del presunto insano proponiendo a la tía materna de éste Sra. E. B., domiciliada en Villa Libertad, Monte Caseros, Corrientes; vínculo que acredita a fs. 35.
- 6.- Que a fs. 36, la Dra. López Bernis, teniendo en cuenta que el presunto insano ha mudado su domicilio a Villa Libertad, Monte Caseros, Corrientes, solicita que el juez de la causa se declare incompetente y remita los autos al juez de igual clase y turno a fin de su prosecución. El agente del Ministerio Público Fiscal, en vista que contesta a fs. 38, opina que es procedente la declaración de incompetencia solicitada, debiendo remitirse las actuaciones al juzgado de turno de la ciudad de Monte Caseros, Corrientes. A fs. 44, el juez de la ciudad de concordia declara su incompetencia ordenando remitir las actuaciones a este juzgado.
- 7.- Que a fs. 54, luego de proveer a informes que acrediten la convivencia entre el presunto insano y su tía materna en la localidad de Colonia Libertad de este Dpto. Monte Caseros, se hace saber la radicación de la causa por ante este Juzgado y que el suscripto entenderá como juez.
- 8.- Que a fs. 59 y previa vista que contesta la Dra. Graciela del Luján Sequeira de Gabardi a fs. 58, en su carácter de Asesora de Menores e Incapaces, por prov. N° 8785 dictada a fs. 59 y vta, en fecha 3 de noviembre de 2014, notificada personalmente al interesado a fs. 62, y en la cual se dispone: a) designar curador provisional al Sr. Defensor Oficial subrogante, quien toma posesión del cargo a fs. 60; b) la apertura de la causa a pruebas por el plazo de ley; c) la realización de un informe socio ambiental y sondeo vecinal, que se produce a fs. 75/77; d) la realización de un informe psicológico, producido a fs. 78 y vta; e) la realización de una pericia médica, practicada a fs. 80 y vta; f) una audiencia para que comparezcan a prestar declaración los testigos propuestos, las que se producen a fs. 83 y 84; y g) la apertura de una cuenta judicial en el Banco de Corrientes S.A.

9.- Que a fs. 72, la Dra. Sequeira de Gabardi solicita se extienda una certificación sobre la solicitud de la Sra. E. B. para ser curadora de A. C. A., tal lo solicitado, según se informa, "por la Comisión Nacional de Pensiones y a fin de evitar dilaciones en la percepción de su pensión". La misma se extiende a fs. 73.

10.- Que a fs. 81 se dispone correr traslado al denunciante, al presunto insano y al curador provisional de las pruebas producidas; a fs. 82 sólo contesta el curador provisorio siendo de opinión que se puede declarar la incapacidad civil por insania del Sr. A. C. A.. En el mismo acto se fija audiencia a los efectos previstos por le art. 35 del CCC, que se celebra a fs. 85.

11.- Que a fs. 86, la Sra. Asesora de Incapaces, solicita se dicte sentencia declarando la incapacidad civil del Sr. A. C. A. por insania y se designe curadora definitiva a la Sra. Benítez. Consecuentemente, a fs. 87, por prov. N° 7373, se llaman autos para sentencia, y

CONSIDERANDO:

12.- Que bajo la vigencia del CC derogado por ley 26.994 y con fundamento en que el Sr. A. C. A. padece retraso mental grave con incapacidad laboral total y permanente del 85%, según certificados médicos que acompaña, lo que haría necesario designar un curador, el Ministerio Público Pupilar con asiento en la ciudad de Concordia, Entre Ríos, en fecha 3 de octubre de 2005 promueve juicio de insania solicitando se la declare y se designe curadora para que cuide su persona y lo represente en todos los actos de la vida civil. En el mes de mayo de 2013, con el proceso en trámite y sin que en el mismo se hubiere dictado sentencia, pasan las actuaciones para radicarse en este juzgado, en razón del cambio de asiento de la residencia del interesado en Colonia Libertad de este Depto. de Monte Caseros, Corrientes. Cumplidas las medidas relatadas en el n° 8 de esta sentencia, en esta sede, vigente el nuevo CCC, tanto el Ministerio Público Pupilar como el Curador Provisorio designado, solicitan se dicte sentencia declarando la incapacidad civil del Sr. A. C. A. y se designe su curadora definitiva. ¿Es posible la solución postulada bajo la vigencia del nuevo CCC, las constancias de autos y la concreta situación del interesado en beneficio del cual debió tramitarse esta causa y debe dictarse esta sentencia?

13.- Que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1° de la ley 27.077, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) sancionado por ley 26.994, entró en vigencia el pasado 1° de agosto de 2015. Esto presenta en el caso una cuestión de aplicación de la ley en el tiempo que debe resolverse conforme la disposición del art. 7° CCC. Allí se dispone que la nueva normativa es de aplicación inmediata, de modo que el análisis de la demanda y de las demás constancias de autos que se consideran aquí debe, necesariamente, realizarse bajo la aplicación de la nueva normativa. Quiere decir esto que el hecho de que la demanda se haya presentado antes de la entrada en vigencia del CCC, no petrifica la situación jurídica de la persona a tutelar, debiendo resolverse su situación con las nuevas normas vigentes. Así como en el caso de la persona declarada incapaz con anterioridad a la entrada en vigencia y que con el nuevo régimen no puede ser calificada como tal, se puede solicitar la revisión de su situación (conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 122), en casos como el presente, corresponde analizar la situación del interesado a la luz de las disposiciones de los arts. 31 y ss. CCC.

14.1.- Que el último párrafo del art. 32 CCC, dispone: *“Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”*. Se trata de un supuesto que ha sido calificado por autorizada doctrina como excepcionalísimo, por el que se contempla con criterio objetivo (que no depende de un diagnóstico de la persona ni de su pertenencia a un grupo social), una situación que se describe como de absoluta imposibilidad de interacción y/o comunicación por cualquier modo, medio o formato adecuado. Se restringe de tal modo las causales de interdicción, que sólo se la mantiene y reserva en exclusiva para el supuesto señalado, “en que la persona no muestra ningún signo evidente de conciencia de sí o del ambiente, y se encuentra absolutamente imposibilitada de interaccionar con los demás o de reaccionar a estímulos adecuados. A este criterio debe sumársele otro requisito exigido por el Código: la insuficiencia o ineficacia del sistema de apoyos” (KRAUT, Alfredo J. – PALACIOS, Agustina, en *Código Civil y Comercial de la Nación*, dir. por Ricardo L. Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 151).

14.2.- Que la normativa vigente limita la declaración de incapacidad a un supuesto de excepción, "reemplaza la declaración de incapacidad por la declaración de capacidad restringida, donde la persona conserva su capacidad pero se la restringe para un acto o ciertos actos determinados, para los cuales se prevé la adopción de una o varias medidas de apoyo. Esto es un cambio fundamental, porque la persona sigue manteniendo su capacidad, con las salvedades que impliquen la restricción para determinados actos, para los cuales contará con apoyo. Y la función del apoyo será la promoción de la autonomía y la asistencia para la toma de decisiones que respondan a sus preferencias (...) Asimismo, a diferencia del Código derogado, que establecía un modelo de atribución de la capacidad o incapacidad desde un criterio médico, basado en un diagnóstico de la persona, el nuevo Código introduce un criterio interdisciplinario, desde el cual la evaluación será realizada desde una diversidad de disciplinas que exceden y enriquecen el criterio derogado" (Ibidem, p. 153.). Es que, desde el criterio imperante en el Código derogado, en base al cual se formula la demanda originaria y se insiste vigente el nuevo CCC, lo biológico determinaba a lo jurídico, al punto de fusionar o fundir las dimensiones médica y legal de la incapacidad. "La innovación trascendental que aporta la CDPD en la materia, conforme a estándares universales de derechos humanos, consiste en garantizar que ninguna persona sea cuestionada sobre su capacidad jurídica (que obviamente no es capacidad en sentido médico) como consecuencia directa de un diagnóstico de discapacidad. Y para ello resulta imprescindible desligar formalmente la restricción y la limitación de la capacidad de una persona de su enfermedad o discapacidad" (Ibidem, p. 179). Se trata nada menos que del paso del modelo de sustitución (paradigmáticamente expuesto en la demanda de este proceso) al modelo de apoyo (art. 12.2 CDPD). Se "obliga así a dejar de un lado los procedimientos existentes de sustitución de la voluntad (la tutela) y sustituirlos por otros de apoyos, exigiendo en todo caso que las medidas sean de carácter individual, proporcionales y temporales. Es cierto que pueden existir otras interpretaciones de lo dispuesto en el art. 12 de la CDPD, pero difícilmente pueda mantenerse que su tenor admita, por ejemplo, los procesos de incapacitación" (ROIG, Rafael, *Sobre la capacidad*, en *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Ediar, Bs. As., 2012, p. 22).

14.3.- Que de lo expuesto se desprende con claridad que "sólo en casos extremos en los que no exista ninguna posibilidad de establecer apoyos se mantiene la

posibilidad de la curatela, la que debe ponderarse restrictivamente so pena de incurrir en un avasallamiento de los derechos de la persona. Sólo este excepcionalísimo supuesto mantiene la figura del curador" (DABOVE, María I., en *Código Civil y Comercial de la Nación*, dir. por Lidia Garrido Cordobera, Alejandro Borda y Pascual E. Alferillo, Astrea, Bs. As., 2015, t. 1, p. 48). De allí que los "apoyos deben ser siempre la primera alternativa al momento de solicitar medidas judiciales relativas a la capacidad jurídica de las personas, ya que se trata de la medida menos restrictiva de la autonomía y es la que se corresponde plenamente con los estándares universales de derechos humanos. Es por ello que el juez nunca podrá imponer una medida más restrictiva sin haber considerado, evaluado y determinado que los apoyos no resultan suficientes ni eficaces para garantizar el ejercicio de los derechos de la persona" (KRAUT, Alfredo J. – PALACIOS, Agustina, en *ob. cit.*, p. 256). La claridad del nuevo sistema se refuerza a poco de compulsar los *Fundamentos* de la reforma, se lee allí: "...la noción de incapacidad, en la que juega mayormente la figura de la representación, se reserva para casos extremadamente excepcionales, configurados por aquellos supuestos en los que, lamentablemente, la persona se encuentra en situación de absoluta falta de habilidad para dirigir su persona o administrar sus bienes (estado de coma permanente, padecimientos mentales profundos que impiden tomar decisión alguna, etcétera)".

15.- Que a la luz de lo expuesto puede sostenerse que, claramente, en este caso no procede la declaración de incapacidad civil del Sr. A. . Es que ni éste se ve imposibilitado absolutamente de interaccionar con su entorno ni de expresar su voluntad –basta ver fs. 85 y los informes de fs. 75/77 y 80– ni a su respecto se ensayó previamente medidas o un sistema de medidas de apoyo. La pregunta que cabe hacerse entonces es: ¿es procedente o necesario restringir la capacidad para determinados actos del Sr. A. ?, y en su caso ¿qué medidas de apoyo/s habría que adoptar? Para responder adecuadamente estos interrogantes hay que analizar y evaluar la real, concreta y existencial situación del Sr. A. . Para lo que no son de ayuda las postulaciones del Ministerio Público Pupilar. En la demanda de fs. 8/9vta sólo se dice que padece "retraso mental grave con capacidad laboral total y permanente del 85%", "por lo que se hace necesario designar un curador, para que cuide su persona y la represente en todos los actos de la vida civil". Se refiere allí a "todos los actos de la vida civil". Luego, a fs. 56 solicita la apertura de una cuenta

judicial para que el "presunto insano, pueda percibir la pensión que ANSES otorga a los casos como el presente" (de la exposición de fs. 55). Como se ve, las postulaciones del Ministerio Pupilar sólo han tenido como presupuesto el diagnóstico médico, concluyendo en la solicitud de declaración de incapacidad y designación de curador para que represente al Sr. A. "en todos los actos de la vida civil". Lejos se está, de ese modo, de tutelar la situación efectiva y particular del Sr. A. Hoy, se ha dicho más arriba, las medidas de apoyo deben ser siempre la primera alternativa al momento de solicitar medidas judiciales relativas a la capacidad jurídica de las personas, debiendo contener su solicitud, fundamentalmente, la justificación de la necesidad de la medida y explicación relativa a los beneficios a la persona su adopción, así como la propuesta de un diseño específico de apoyos, adecuado a la persona a la que refiere, teniendo en cuenta las habilidades y necesidades de la persona.

16.- Que de acuerdo al informe de fs. 80, el Sr. A. es activo, establece una relación empática con los entrevistadores –se corroboró personalmente en la entrevista de fs. 85–, "desorientado témporo espacialmente y con escasa consciencia de su situación y sin consciencia de enfermedad, no habla con claridad, sólo puede verbalizar algunas palabras y frases simples. Analfabeto, no puede centrar ni realizar cálculos matemáticos simples. Su pensamiento es concreto y no puede realizar abstracciones. Atención y memoria global reducidas, con juicio insuficiente. Se baña solo, se viste casi sin ayuda pero con supervisión. Colabora con algunas actividades hogareñas, como el orden de sus pertenencias, lavado de sus ropas, barrido del patio, preparación de mate y actividades de jardinería supervisadas". Su diagnóstico es, según este informe y a diferencia del que se expone en el certificado médico de fs. 2 que lo califica como grave, de retraso mental moderado, irreversible. "Sufre incapacidad laboral total, mental, permanente del 80%. Requiere asistencia de terceros en actos de incidencia patrimonial, civil y personal, en los actos de la vida cotidiana, para mantener su salud y para decidir sobre conductas terapéuticas (...) Al momento no realiza ni requiere tratamientos médicos".

17. Que si bien no del todo coincidente con el informe médico, el informe psicológico de fs. 78 y vta concluye en que el Sr. A. no puede tomar decisiones relacionadas a la atención y tratamiento por fallas en el nivel comprensivo intelectual, asignándole una edad madurativa que corresponde con una edad de 5 años. No

puede hacerse cargo de su vida ni de sus bienes, no tiene conciencia de enfermedad, de la realidad, no comprende qué es un bien. "La integración familiar es afectiva. No puede integrarse en el aspecto laboral ni tampoco a nivel comunitario (...) la pasividad lo hace vulnerable. Puede desarrollar una actividad laboral hogareña, cumpliendo órdenes simples (llevar, traer etc.), siempre con supervisión de un adulto". Los informes socio ambientales de fs. 75/77, ilustran un poco más sobre la situación concreta del Sr. A. . . . Éste vive con su mamá y con un hermano, todos ellos con afecciones mentales. Su pretensa curadora, la Sra. E. B. (tía) se domicilia al lado, supervisándolos todo el día. Ésta le expuso a la funcionaria que "está tramitando la curatela, para poder cobrar la pensión de su sobrino y poder así elevar su calidad de vida, gastos personales, etc.". Los vecinos del Sr. A. . . . dicen que es muy "sociable".

18.- Que de las constancias de la causa surge que el Sr. A. . . . , hoy de 32 años de edad, padece retraso mental moderado, lo que no le impide vincularse afectivamente a su familia, compuesta por su hermano y su madre, quienes también padecen afecciones en su salud mental y con quienes convive en Colonia Libertad, Dpto. Monte Caseros, Corrientes, ni socialmente a nivel comunitario (vecinos). Realiza las tareas hogareñas e incluso algunos mandados con esquelas; mantiene en orden sus pertenencias, lava sus ropas, barre el patio, prepara mate y realiza actividades de jardinería. Le gusta y juega al fútbol con los gurises del barrio. Sale sólo, visita familiares. No sabe leer ni escribir. Pero esta situación concreta del Sr. A. . . . no es la que motiva la iniciación y prosecución de este proceso, ni la adopción de medidas de apoyo que no se han solicitado. En otras palabras, este proceso no se inició teniendo en cuenta la especial situación de la persona a tutelar ni la necesidad de una específica protección, sino que ha tenido por motivo –así lo entiendo– el cumplimiento de un recaudo administrativo, cual es el previsto por el decreto 432/97, reglamentario de las disposiciones del art. 9° de la ley 13.478 (modificado por leyes 15.705, 16.472, 18.910, 20.267 y 24.241), el que en el inc. f) del art. 5° del Anexo aprobado por su art. 1°, el que dispone, con cuestionable constitucionalidad, que: *"En el caso de peticionantes que de acuerdo con dictámenes o certificados médicos sean presuntamente incapaces, previo al otorgamiento del beneficio, la institución o persona que lo tenga a su cargo, deberá iniciar la tramitación de la respectiva curatela y acreditar dicha circunstancia"*. Lo que amerita la adopción de una medida adecuada a

tal fin. Por lo que, a fines de satisfacer el requerimiento, siendo beneficio para la persona a proteger y no encontrándose ésta en condiciones de realizar por sí las gestiones pertinentes, se designará apoyo a la Sra. E. B., D.N.I. N° XX.XXX.XXX, con facultades de representación del Sr. A. para que en beneficio de éste, tramite y realice ante los organismos públicos nacionales, provinciales y/o municipales, las gestiones que fueran necesarias para la obtención de pensiones y todo otro beneficio asistencial, previsional o de la naturaleza que fuere, con el fin de atender su situación de vulnerabilidad y fortalecerlo para enfrentar la vida social en relación con terceras personas.

19.- Que sin perjuicio de lo hasta aquí dicho, de los informes interdisciplinarios producidos en la causa, surgen a mi modo de ver dos cuestiones que merecen especial tutela. En efecto, el Sr. A. no podrá realizar tareas laborales; entiéndase, celebrar contrato de trabajo o prestación de servicios a favor de otra persona. Al mismo tiempo, el Sr. A., si bien no requiere hoy de tratamiento médico, en caso de necesitarlo necesitará de la supervisión y asistencia de un tercero, función que viene cumpliendo y bien puede y debe seguir haciéndolo la Sra. E. B. Por otro lado, es esta persona la que asiste permanentemente en lo que necesita al Sr. A. y a su núcleo familiar, viviendo si bien en casas separadas en el mismo predio. Apuntadas estas circunstancias particulares, únicas que surgen de las constancias de la causa, entiendo que acceder a lo peticionado en la demanda, esto es, designar un curador para que represente al Sr. A. en todos los actos de la vida civil, no se compecede el paradigma actual, pues implicaría, sin decirlo, una declaración de incapacidad civil, transformando en excepción lo que debe ser la regla: su capacidad. Por lo que he de decidir restringiendo su capacidad a lo mínimo indispensable y de acuerdo a los elementos de juicio que se han recabado en este proceso, sin caer en una generalización ajena a la concreta situación del interesado que afectaría, sin razón, su dignidad como ser humano.

20.- Que, en conclusión, los recursos personales con que cuenta el Sr. A. para afrontar la vida en sociedad se centra en su capacidad de afecto para con familiares y vecinos, pudiendo sociabilizar en un ámbito en los que disfruta la diversión que le significa la práctica del fútbol con los gurises del barrio. Son importantes también sus familiares, madre y hermano con los que convive, así como su tía E. de trascendental función en el régimen de protección y asistencia que surgirá de esta sentencia. No se puede dejar de mencionar la contención de los vecinos del pueblo que tratan con

afecto al Sr. A. C. A., pero tampoco de destacar la ausencia de organismos administrativos en el lugar capaces de promover el desarrollo y autonomía del mismo. Por lo expuesto,

FALLO:

1°) RESTRINGIENDO la capacidad civil del Sr. A. C. A., D.N.I. N° XX.XXX.XXX, quien padece de retraso mental moderado de carácter irreversible, determinando que la restricción alcance solamente a la celebración de contrato de trabajo o de prestación de servicios a favor de terceros, a la prestación del consentimiento para la realización de tratamientos, internaciones o intervenciones en su cuerpo, y a la percepción y uso de dinero en cualquier carácter, a excepción del uso atinente a los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana.

2°) DESIGNANDO apoyo del Sr. A. C. A. a la Sra. E. B., D.N.I. N° XX.XXX.XXX, con facultades de representación para que en beneficio de aquél, tramite y realice ante los organismos públicos nacionales, provinciales y/o municipales, las gestiones que fueran necesarias para la obtención de pensiones y todo otro beneficio asistencial, previsional o de la naturaleza que fuere, con el fin de atender su situación de vulnerabilidad y fortalecerlo para enfrentar la vida social y en relación con terceras personas. Podrá percibir y extender recibos de los beneficios percibidos. Asimismo, el apoyo designado tendrá a su cargo la supervisión, asistencia, provisión y suministro de medicamentos frente a un tratamiento que le fuere indicado al Sr. Almirón, así como de sus alimentos y vestimenta. Finalmente, el apoyo designado lo representará en la prestación del consentimiento informado para la realización de tratamientos, internaciones o intervenciones en su cuerpo.

Regístrese, insértese, agréguese copia al expediente, líbrense los despachos pertinentes para la inscripción de la presente y notifíquese.-